

University of Groningen

De hulpofficier en het onderzoek in de smartphone

Gritter, Erik

Published in:
Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving

DOI:
[10.5553/TBSenH/229567002020006001005](https://doi.org/10.5553/TBSenH/229567002020006001005)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Gritter, E. (2020). De hulpofficier en het onderzoek in de smartphone. *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving*, 6(1), 31-34. <https://doi.org/10.5553/TBSenH/229567002020006001005>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Trending Topics

De hulpofficier en het onderzoek in de smartphone

Mr. dr. E. Gritter*

In HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1079 stond onder meer de vraag centraal of het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden een verweer dat strekte tot toepassing van artikel 359a Sv ten onrechte dan wel ontoereikend gemotiveerd had verworpen. Het verweer richtte zich op het onderzoek van de smartphone van de verdachte en stelde dat dit onderzoek onrechtmatig was geweest. Als gevolg hiervan zouden de resultaten van het onderzoek moeten worden uitgesloten van het bewijs. De kern van de onrechtmatigheid schuilde volgens het verweer in het verstreckende karakter van het onderzoek; het zou een min of meer compleet beeld hebben opgeleverd van bepaalde aspecten van het privéleven van de verdachte, zonder dat hiervoor voorafgaand toestemming was gegeven door de officier van justitie. Het door de politie uitgevoerde onderzoek – dat aanvankelijk kennelijk gericht was op het achterhalen van de eigenaar van het apparaat, in verband met een verdenking wegens moord – kenmerkte zich door het maken van een kopie van de inhoud van de telefoon en de bijbehorende SD-kaart, waarna de telefoon daadwerkelijk was onderzocht. In een proces-verbaal van bevindingen betreffende dit onderzoek werd geschreven: ‘In deze telefoon staan onder andere chats, contacten en foto’s. Ik heb de foto’s bekeken. Dit zijn foto’s van [verdachte] zelf, diverse vrouwen, feesten, vakantie, maar ook wapens en geld.’ Uiteindelijk werd de verdachte vervolgd wegens het voorhanden hebben van diverse vuurwapens en munitie.

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden had geoordeeld dat met het onderzoek *niet* een meer dan beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte

was gemaakt, zodat de opsporingsambtenaren zelfstandig bevoegd waren geweest het geschetste onderzoek te verrichten. ‘Uit voornoemde processen-verbaal blijkt niet meer dan dat de politie de foto’s en video’s die op de telefoon en/of de SD-kaart stonden, heeft bekeken’, zo overweegt het hof. Het vervolgt: ‘In het proces-verbaal van bevindingen van 16 juni 2016 wordt weliswaar melding gemaakt van het feit dat op de telefoon (ook) chats en contacten staan, maar niet blijkt dat de verbalisanten kennis hebben genomen van die informatie. Integendeel: uit voornoemde processen-verbaal is af te leiden dat de politie selectief is geweest in het onderzoek van die telefoon en alleen de foto’s en video’s heeft bekeken. (...) Van een onderzoek dat zo verstreckend is dat een min of meer compleet beeld is verkregen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van verdachte is niet gebleken.’

Bij de beoordeling in cassatie stelt de Hoge Raad onder 2.3 zijn in de Smartphonearresten¹ ontwikkelde toetsingskader voorop. Daaruit volgt – samengevat – dat opsporingsambtenaren op grond van artikel 94 Sv in verbinding met artikel 95 en 96 Sv zelfstandig bevoegd zijn tot het verrichten van onderzoek in de smartphone, mits dit onderzoek slechts ‘beperkt’ inbreuk maakt op de privacy. De wet eist voor een dergelijk beperkt onderzoek géén voorafgaande rechterlijke toetsing of ‘tussenkoms’ van de officier van justitie. Van een hooguit ‘beperkte’ inbreuk kan volgens de Hoge Raad sprake zijn, ‘indien het onderzoek slechts bestaat uit het raadplegen van een gering aantal bepaalde op de elektronische gegevensdrager of in het geautomatiseerde werk opgeslagen of beschikbare gegevens.’ Als het door opsporingsambtenaren verrichte onderzoek echter ‘zo

31

* Mr. dr. E. Gritter is universitair docent straf(proces)recht aan de Rijksuniversiteit Groningen en tevens redacteur van dit tijdschrift.

1. Zie bijvoorbeeld HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584.

verstrekking is dat een min of meer compleet beeld is verkregen' van bepaalde aspecten van het privéleven van de gebruiker van het apparaat, kan dat onderzoek evenwel onrechtmatig zijn. De Hoge Raad wijst er vervolgens op dat ook de officier van justitie – die immers ook opsporingsambtenaar is – en de rechter-commissaris zelf beschikken over beslag- en dus onderzoeksbevoegdheden. Bij toepassing van deze bevoegdheden zal een (voor het onderzoek noodzakelijke) 'meer dan beperkte inbreuk op de privacy' gedekt kunnen zijn.

In het concrete geval slaagde het middel. De Hoge Raad overwoog: 'Gelet op hetgeen hiervoor onder 2.3 is vooropgesteld – en in aanmerking genomen dat het hof wel overweegt dat "de politie selectief is geweest in het onderzoek aan de telefoon", maar dat het niet heeft vastgesteld aan de hand waarvan en met het oog waarop een selectie, die blijkbaar tenminste alle opgeslagen foto's en films omvatte, is gemaakt –, is het oordeel van het hof niet toereikend gemotiveerd.' Tot cassatie kwam het evenwel niet, omdat het tot bewijsuitsluiting strekkende verweer onvoldoende was onderbouwd, zodat het hof het verweer enkel had kunnen verwerpen.

De uitkomst spoort met het standpunt van A-G Aben in zijn conclusie,² in die zin dat hij het oordeel van het hof, inhoudende dat niet een meer dan beperkte inbreuk was gemaakt op de privacy, 'niet zonder meer begrijpelijk' vindt. Daarbij wijst hij er onder meer op dat het hof de omvang van het onderzochte deel van de telefoon in het midden heeft gelaten. Met betrekking tot de foto's van verdachte zelf, diverse vrouwen, feesten, vakantie, wapens en geld stelt hij: 'In theorie kan dat alles op twee foto's, maar deze omschrijving wekt bij mij de indruk dat is kennisgenomen van een betrekkelijk goed gevuld fotoalbum. Naslag van het proces-verbaal waarnaar het hof verwijst, bevestigt die indruk.'

In zijn conclusie neemt de A-G de gelegenheid te baat om een persoonlijke noot te plaatsen met betrekking tot het door de Hoge Raad in de Smartphone-arresten ontwikkelde toetsingskader:³⁴

'Terzijde veroorloof ik mij nog één opmerking van meer persoonlijke aard. Bij de huidige stand van de informatie- en communicatietechnologie – en met name vanwege het exponentieel toegenomen gebruik van de toepassingsmogelijkheden daarvan –, kan in een enkele smartphone méér informatie omtrent het privéleven van een persoon worden bewaard dan twintig jaar geleden in een gehele woning. Te denken valt aan een grote hoeveelheid medische gegevens, locatiegegevens en intiem berichtenverkeer, alsook aan hele fotoalbums en "bussen" met filmmateriaal. In potentie kan met het onderzoek van gegevens in een smartphone dus een méér compleet beeld worden verkregen van (bepaalde aspecten van) het persoonlijk

leven van de gebruiker van die smartphone dan met de doorzoeking van zijn woning. Ter toetsing van de rechtmatigheid, proportionaliteit en subsidiariteit was voor een doorzoeking van een woning zonder toestemming van de bewoner tot 1 februari 2000 (buiten het geval van dringende noodzakelijkheid) nog het verlot van de rechtbank vereist. Het onderzoek aan/in een smartphone, in casu om daarvan – naar verluidt – de eigenaar te achterhalen, is (vrijwel) niet met enige wettelijke waarborg omkleed. De verhoudingen zijn zoek. Ik vind het dan ook getuigen van wijsheid dat de Hoge Raad in afwachting van wetgeving op dit terrein bij uitspraken van 4 april 2017 het onderzoek van gegevens in een smartphone nader heeft willen normeren. Voor 'verstrekking' onderzoek is ten minste de voorafgaande toestemming van de officier van justitie c.q. de rechter-commissaris vereist. Het lijkt mij persoonlijk géén overspannen eis dat ingeval deskundigen van de digitale recherche bij dit onderzoek worden betrokken c.q. ingeval technische hulpmiddelen worden aangewend sowieso de voorafgaande toestemming van (de officier van justitie of) de rechter-commissaris wordt gevraagd. Dat schept duidelijkheid en een (rechterlijke) waarborg *vooraf*. Nu kan de feitenrechter alleen nog *achteraf* beoordelen of het onderzoek rechtmatig heeft plaatsgehad. In cassatie rijst vervolgens de vraag of dit oordeel toereikend is gemotiveerd.⁵

Uit de 'opmerking van meer persoonlijke aard' lijkt te kunnen worden afgeleid dat Aben moeite heeft met de zelfstandige onderzoeksbevoegdheid van opsporingsambtenaren (niet zijnde de OvJ), die – conform het toetsingskader van de Hoge Raad – zonder voorafgaande (rechterlijke) toestemming kan worden uitgevoerd, en hooguit *achteraf* kan worden getoetst. Technische hulpmiddelen zullen immers in veel gevallen worden aangewend, al was het maar om de inhoud van de telefoon of een deel daarvan veilig te stellen voor later onderzoek.

Vooropgesteld zij dat dit door de Hoge Raad gekozen 'systeem' niet uniek is. Er zijn vele voorbeelden van gevallen waarin slechts *achteraf* over eventuele eerder begane onrechtmatigheden geoordeeld kan worden. Het 'systeem' kan bijvoorbeeld worden teruggevonden bij het onrechtmatig betreden van een plaats ter aanhouding of inbeslagneming (zie art. 55 en art. 96 Sv). De situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen dat opsporingsambtenaren op grond van artikel 96 Sv ter inbeslagneming een pand betreden zonder 'machtiging binnentreden woning zonder toestemming bewoner' (art. 2 lid 1 Awbi), in de vooronderstelling dat de plaats onbewoond is. Ná binnentreden kan blijken dat het pand toch bewoond is, zodat de opsporingsambtenaren op het moment van betreden over de bedoelde Awbi-machtiging hadden moeten beschikken. Dat de privacy van de bewoner in zo'n situatie in ernstige mate is geschonden,

2. Parket bij de Hoge Raad 21 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:534.

3. Zie bijvoorbeeld HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584.

4. Parket bij de Hoge Raad 21 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:534.

5. Zie punt 25 (onder verwijzing naar literatuur) en – voor de laatste zin – punt 26 van Abens conclusie.

staat buiten kijf. De zittingsrechter kan in zo'n geval alleen *achteraf* geroepen worden te oordelen over de onrechtmatigheid van het betreden.⁶

Als de 'smartphonedoctrine' in relatie tot zelfstandig door de politie verricht onderzoek wordt afgezet tegen de uitoefening van niet-specifiek geregelde ('proactieve') opsporingsmethoden op grond van artikel 3 Politiewet 2012 en/of artikel 141/142 Sv, dan is het op het eerste gezicht mogelijk wél opmerkelijk dat niet steeds *vooraf* toestemming van de OvJ geëist wordt. De concreet in de rechtspraak gewogen niet-specifiek geregelde opsporingsmethoden, uitgeoefend op basis van de algemene taakstellende bepalingen, lijken namelijk steeds mede te worden getoetst aan de vraag of de methode met toestemming van de OvJ is ingezet.⁷ De taakstellende bepalingen kunnen dienen als grondslag voor de inzet van niet-specifiek geregelde opsporingsmethoden, mits de inbreuk op grondrechten hooguit beperkt blijft; de wet schrijft ook hier niet voor, dat steeds voorafgaand toestemming van de OvJ moet worden verkregen. Dit betreft dus een jurisprudentiële, door de Hoge Raad zelf toegevoegde eis.

Het is de vraag waar de bij artikel 3 Politiewet 2012 en/of artikel 141/142 Sv betrokken toestemming van de OvJ precies op ziet. Mogelijk betreft het inderdaad een waarborg om erop toe te zien dat een ingezette methode niet een meer dan beperkte inbreuk maakt op grondrechten. Anders dan de beslagbepalingen bieden de taakstellende bepalingen geen enkel wettelijk houvast voor opsporingsambtenaren. Bij beslag (en de daarin 'ingebakken' bevoegdheid tot onderzoek) heeft de wetgever reeds in de wet voorgesorteerd, door aan te geven wie in welke situaties tot de inzet van de bevoegdheid mag overgaan. Maar: een gegeven toestemming van de OvJ zal een tóch gemaakte meer dan beperkte inbreuk op grondrechten van de verdachte niet kunnen 'wegpoetsen'. De toestemming van de OvJ lijkt als extra waarborg vooral te zijn toegevoegd in verband met een andere eis die wordt gesteld aan het baseren van niet-specifiek geregelde opsporingsmethoden op de taakstellende bepalingen: die mogen blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad (bovendien) niet zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing.⁸ Het is kennelijk aan de OvJ om dit in ieder concreet geval af te wegen, waarbij de praktijk een bonte verscheidenheid aan nieuwe opsporingsmethoden en

technologieën laat zien (zonder nadere wettelijke houvast).

Dat het zelfstandig door opsporingsambtenaren uitgevoerde onderzoek in de smartphone in het systeem van de Hoge Raad enkel achteraf getoetst kan worden, is juridisch gezien zonder meer toelaatbaar.⁹ De zaak die bij Aben aanleiding gaf tot de persoonlijke opmerking legt echter – evenals diverse andere zaken laten zien – wel iets bloot dat aanleiding tot ongerustheid kan geven. De rechter kan inderdaad ter zitting achteraf oordelen dat de zelfstandig onderzoekende opsporingsambtenaren te ver zijn gegaan, maar dit leidt natuurlijk niet automatisch tot een voelbare tik op de vingers. Indien het hof het op de toepassing van artikel 359a Sv gerichte verweer slechts had kunnen verwerpen, zal een door de feitenrechter ontoereikend gemotiveerde verwerving niet tot cassatie leiden. Als een feitenrechter het wel goed inschat, is het toekennen van een specifiek rechtsgevolg aan het vormverzuim vervolgens bepaald geen automatisme. Dit gegeven creëert bij opsporingsambtenaren enige armslag waarover verschillend gedacht kan worden. Enerzijds kan en moet het handelen van opsporingsambtenaren niet op een goudschaaltje gelegd worden, om slagkracht en efficiency in de opsporing een plek te geven. Anderzijds mag geen situatie gecreëerd worden waarin opsporingsambtenaren bewust grenzen overschrijden in de wetenschap dat dit nauwelijks tot geen consequenties heeft.

Waar leidt dit alles toe? Vanuit de gedachte 'better safe than sorry' zou er zonder meer voor gepleit kunnen worden om hoe dan ook, in alle gevallen waarin een smartphone wordt onderzocht, voorafgaande toestemming van de OvJ te eisen. Die keuze is vooralsnog gemaakt in het kader van de modernisering van onze strafvordering.¹⁰ Maar ook vanuit het Openbaar Ministerie dient de opsporing beheersbaar te blijven. Bij wijze van tussenweg kan een route worden gevolgd, waarin in plaats van de OvJ de *hulpofficier van justitie* degene is die zelfstandig – maar beperkt – een smartphone mag onderzoeken, of na wiens of wier toestemming dit onderzoek mag plaatsvinden. Deze gekwalificeerde opsporingsambtenaar is wettelijk gezien reeds bevoegd tot toepassing van diverse vérstrekkende dwangmiddelen, waaronder dwangmiddelen waarbij een zeer ingrijpende inbreuk op de privacy wordt gemaakt.¹¹ Voor een deel betreffen de specifieke bevoegdheden van de hulpofficier reeds het beslag als zodanig.¹² Hij of zij zou uiteindelijk in het kader van de modernisering van de strafvordering wettelijk bevoegd kunnen worden verklaard tot het (onder diens verantwoordelijkheid laten) verrichten van smartphoneonderzoek, waarbij hooguit een beperkte inbreuk op de privacy wordt gemaakt. Bepaald

6. In HR 19 juni 2001, *NJ* 2001/574, m.nt. J.M. Reijntjes heeft de Hoge Raad in dergelijke gevallen de bewijsuitsluiting als rechtsgevolg onder bepaalde omstandigheden expliciet uitgesloten.

7. Vgl. (naast diverse andere uitspraken in dezelfde lijn) HR 1 juli 2014, *NJ* 2015/115, waarin de HR het oordeel van het hof dat de inzet van een IMSI-catcher in het concrete geval op art. 2 (oud) Politiewet 1993 kon worden gebaseerd, 'niet onbegrijpelijk' achtte, 'mede in aanmerking genomen de kennelijk korte duur van de inzet van het apparaat waarvoor toestemming is gegeven door de Officier van Justitie.' Een gebleken toestemming van de OvJ werkt zogezien als indicatie dat het handelen rechtmatig geoordeeld moet worden.

8. E. Gritter & H.D. Wolswijk, 'Strafrecht & IT', in: A.M. Klinkenberg, E.D.C. Neppelenbroek & T. van Zuijlen, *IT-Recht*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 124.

9. Vgl. E. Gritter, 'Opsporing in de digitale wereld: het onderzoek van in beslag genomen gegevensdragers', *DD* 2016/43, par. 5.

10. Zie art. 2.7.4.2.1 lid 1 van het concept-Boek 2.

11. Zie bv. art. 56a Sv (bevel ophouden voor onderzoek) en art. 57 Sv (bevel inverzekeringstelling).

12. Zie bv. art. 94 lid 3 Sv.

kan daarbij worden, dat de OvJ op de hoogte gehouden moet worden van het onderzoek. De achtergrond van de ‘upgrade’ is dan dat het hier een type onderzoek betreft dat snel de grens van een ‘beperkte’ naar een ‘meer dan beperkte’ inbreuk op grondrechten kan overschrijden. Een versteviging van de rol van de hulpofficier van justitie bij onderzoek naar digitale ‘devices’ is eerder (kort) bepleit door ‘de Politie’.¹³

Als de lijn van de Smartphonearresten verder wordt aangehouden, is de grens overschreden bij een zelfstandig verricht onderzoek dat een meer dan beperkte inbreuk maakt op het recht op privacy van de verdachte.¹⁴ Bepaald kan worden, dat alleen bij onderzoek dat een meer dan beperkte inbreuk meebrengt de OvJ of de R-C de aangewezen autoriteit is. Eventueel kan, analoog aan de spoeddoorzoeking van een woning (art. 97 lid 3 Sv), de hulpofficier van justitie de persoon zijn die dergelijk onderzoek kan of kan laten verrichten als het optreden van de OvJ niet kan worden afgewacht.¹⁵

Door de hulpofficier van justitie een rol te geven, wordt *vooraan* een extra waarborg gecreëerd die nu niet door de Hoge Raad wordt gesteld. Tegelijkertijd wordt de OvJ – anders dan in de moderniseringsvoorstellen – niet bij *elk* onderzoek (hoe gering ook) in de smartphone of gelijksoortig apparaat betrokken. Aldus ontstaat naar mijn idee een acceptabel evenwicht tussen slagvaardigheid, efficiency en rechtsbescherming in de fase van opsporing.

13. Zie ‘Advies van de Politie inzake de wetsvoorstellen tot vaststelling van de Boeken 1 en 2 van het Wetboek van Strafvordering’, (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2017/06/28/advies-politie-over-de-boeken-1-en-2>). Vergelijk ook het artikel ‘Deze politiechef en juriste denken dat het een stuk eenvoudiger kan’ van Wil Thijsen en Elsbeth Stoker, op 18 juli 2017 gepubliceerd op de site van *de Volkskrant*. Wilbert Paulissen, hoofd van de Landelijke Recherche, stelt daarin: ‘Als een hulpofficier de minder ingrijpende middelen krijgt toebedeeld, zou dat de snelheid van onderzoek en de werklast voor iedereen aanzienlijk ten goede komen.’ Daarbij moet het kind natuurlijk niet met het badwater worden weggegooid; de inzet van de hulpofficier kan daar vereist worden, waar een opsporingsambtenaar licht tegen grondrechtelijke grenzen aanloopt. Waar die kans gering is (bij ‘normaal’ politiewerk), of waarin de afweging in het belang van de opsporing anders uitvalt, kan een opsporingsambtenaar natuurlijk zijn eigen, zelfstandige bevoegdheden behouden. Te denken valt aan de doorzoeking van en vervoermiddel ter inbeslagneming.
14. Zie nader in meer algemene zin over de versterking van de rol van de hulpofficier in het licht van de modernisering J.M.W. Lindeman, ‘De Hulpofficier van justitie “nieuwe stijl” en de modernisering van het Wetboek van Strafvordering’, *Platform Modernisering Strafvordering* 2018- 5 (geen paginering), <http://www.moderniseringstrafvordering.nl>.
15. Vgl. het derde lid van art. 2.7.4.2.1 concept-Boek 2, waarin een opsporingsambtenaar bevoegd is verklaard tot ‘spoedkennismening’ van gegevens zonder voorafgaand bevel van de OvJ.